



Roj: **STSJ M 8752/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:8752**

Id Cendoj: **28079340022021100660**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **21/07/2021**

Nº de Recurso: **427/2021**

Nº de Resolución: **700/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG: 28.079.00.4-2019/0038009

Procedimiento Recurso de Suplicación 427/2021

M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid Procedimiento Ordinario 793/2019

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 700/2021

Ilmos. Sres

D. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

Dña. M^a LUISA GIL MEANA

D. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid, a veintiuno de julio de dos mil veintiuno, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 427/2021, formalizado por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de fecha 01/03/2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 793/2019, seguidos a instancia de D./Dña. Santiago frente a CONSEJERIA DE SANIDAD, en

reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.-La demandante presta servicios en la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con la categoría profesional de y percibiendo en la actualidad unas retribuciones mensuales, con prorrata de pagas extraordinarias de 2884,60 Euros.

SEGUNDO.-La relación laboral de la demandante se inició el 1 de abril de 2004, al amparo de contrato de trabajo de interinidad a jornada completa. El contrato obra en autos y se aquí por reproducido, en síntesis se hace constar lo siguiente,

La cláusula segunda del citado contrato de interinidad la duración del mismo se extenderá desde el 1-04-2004 HASTA LA COBERTURA DEL PUESTO.

La cláusula sexta el contrato de duración determinada se celebra para: cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva.

Según su cláusula octava se regulará por lo dispuesto en la legislación vigente que resulte de aplicación y particularmente en los artículos 12 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, por la ley 12/2001 de 9 de julio y Real Decreto 2.790/1998, de 18 de diciembre (B.O.E. de 8 de enero

TERCERO.- En la fecha de la firma del contrato, la demandante presto sus servicios profesionales para el extinto Instituto Nacional de la Salud, hasta el año 2008, que con motivo, traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, la demandante quedo integrada en la Consejería de Sanidad en el mismo centro y puesto de trabajo y se identificó el puesto con el número NUM000 .

CUARTO.- En el año 2018 se vincula la plaza a la oferta de empleo público del año 2018."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimo la demanda formulada por Dña. Santiago contra CONSEJERIA DE SANIDAD y declaro el carácter indefinido de la relación laboral que une a las partes desde el 1 de abril de 2004, condenando a la demandada a estar y pasar por la presente declaración."

Posteriormente con fecha 17/03/2021 se dictó auto de subsanación de la misma con la siguiente parte dispositiva:

"SE ACUERDA SUBSANAR la omisión advertida en Sentencia de fecha 01/03/2021, en los siguientes términos:

FALLO

Que estimo la demanda formulada por Dña. Santiago contra CONSEJERIA DE SANIDAD y declaro el carácter indefinido NO FIJO de la relación laboral que une a las partes desde el 1 de abril de 2004, condenando a la demandada a estar y pasar por la presente declaración."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CONSEJERIA DE SANIDAD, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 14/07/2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora demandante presta servicios mediante un contrato de interinidad para la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid desde el 1 de abril de 2004, contrato cuya duración inicialmente prevista era hasta la cobertura definitiva del puesto, remitiéndose a los artículos 12 y 15 del Estatuto de los Trabajadores. En el año 2018 se vincula la plaza a la oferta de empleo público del año 2018. En el suplico de su demanda la trabajadora pide que se declare el carácter indefinido no fijo de su relación laboral, lo que ha sido estimado por la sentencia de instancia (con el auto de aclaración posterior). La sentencia de instancia se fundamenta en que la relación de interinidad por vacante mantenida entre las partes es "inusualmente larga", puesto que habiéndose iniciado la interinidad en 2004 hasta el año 2018 no se incluye la plaza en la oferta de empleo público para proceder a su cobertura reglamentaria y no se ha alegado causa que justifique la inacción de la administración para proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza, con cita de la sentencia de la Sala Cuarta de 24 de abril de 2019.

El único motivo de recurso de la Administración se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la prolongación de los contratos de interinidad emanada de la Sentencia del Pleno de 19 de julio de 2016 y refrendada ahora entre otras por la Sentencia 395/2019, de 23 de mayo de 2019 (rec. 1756/2018) o la Sentencia 387/2019 de 22 de mayo de 2019 (rec. 1336/2018).

Pues bien, la resolución del caso ha de partir inexcusablemente de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA) y de la posterior sentencia del pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021 (RCUD 3263/2019). Dada la novedad que supone es conveniente recapitular la evolución que al respecto ha seguido la doctrina y los efectos del actual cambio jurisprudencial.

SEGUNDO.- FUNDAMENTO LEGAL DEL SUPUESTO DE CONTRATACIÓN TEMPORAL DE INTERINIDAD POR VACANTE

El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores nos dice que el contrato de trabajo puede concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada y acto seguido regula los supuestos en los que pueden celebrarse contratos de duración determinada, sin que entre los mismos figure la interinidad por vacante, puesto que el único supuesto de interinidad que contempla es el siguiente: "cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución". Es evidente que en el caso de la interinidad por vacante no existe ningún trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, por lo cual, dado que el listado del artículo 15.1 constituye un *numerus clausus* (al que solamente pueden añadirse otros supuestos de temporalidad regulados expresamente fuera del mismo, como los contratos formativos del artículo 11), debería concluirse a priori que dicha contratación temporal no es posible legalmente. A pesar de ello aparece regulada en el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, dentro de la modalidad contractual denominada "contrato de interinidad", de manera que junto al supuesto previsto en la Ley ("sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual") aparece un segundo supuesto no previsto en la misma ("cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva"). Tratándose de un reglamento de ejecución de la Ley estaríamos ante un supuesto aparentemente claro de norma reglamentaria "ultra vires", que excede del mandato de desarrollo legislativo e innova el ordenamiento creando una figura no prevista en la norma legal. No existe sin embargo jurisprudencia al respecto del orden contencioso-administrativo, ni es posible que un órgano judicial externo al contencioso-administrativo plantee una cuestión de ilegalidad al amparo del artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La explicación histórica de tan anómala situación es que, estando vigente el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, que tenía el mismo texto que sigue hoy vigente en relación con la contratación temporal por sustitución, así como el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos, que solamente contemplaba la interinidad por sustitución prevista en el Estatuto de los Trabajadores, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo fijó jurisprudencia (sentencia de 27 de marzo de 1992, RCU 1401/1991) según la cual el artículo 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, debían ser interpretados *de forma racional, teleológica y espiritualista*, superando la mera literalidad de su texto, y por ello se ha de entender que dentro de los mismos, como una modalidad del contrato de interinidad se incluye la denominada "interinidad por vacante" de las Administraciones Públicas, es decir el contrato de interinaje concertado para ocupar una vacante en tanto



ésta no sea cubierta reglamentariamente por dichas Administraciones. De acuerdo con dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo, la finalidad que estas normas persiguen, su "ratio legis" no es otra que la de permitir a empresarios y empleadores hacer frente a aquellas particulares situaciones en que un determinado puesto de trabajo de su empresa u organismo no va a ser efectivamente desempeñado, durante un período de tiempo limitado, por la persona a quien legalmente corresponde o pudiera corresponder la titularidad del mismo; y por ello, con el fin de evitar los perjuicios que al empleador se le irrogarían por el no desempeño de ese puesto o plaza durante ese lapso de tiempo, se faculta al mismo para concertar un contrato temporal de interinidad por virtud del cual un tercero va a desarrollar la actividad propia de ese puesto, en tanto no sea ocupado por el titular a quien corresponde realmente, de modo que, cuando esta incorporación se produzca, se extinguirá el contrato temporal concertado con el tercero. De todo ello dedujo el Tribunal Supremo que los artículos 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores y 4.1 del Real Decreto 2104/1984, a la sazón vigente, debían ser interpretados en el sentido de que en ellos se incluyen y comprenden los contratos de interinidad concertados por las Administraciones Públicas a fin de ocupar provisionalmente determinadas plazas o puestos vacantes de las mismas, en tanto no sean designadas oficialmente las personas que han de ostentar su titularidad por los cauces legalmente establecidos al efecto.

En base a dicha actuación "cuasi legislativa" del Tribunal Supremo, creando una modalidad contractual no prevista en la Ley mediante una interpretación espiritualista de la misma destinada a proteger los intereses de las Administraciones Públicas, según la propia justificación literal dada en la fundamentación de su sentencia, el Gobierno, al sustituir el Real Decreto 2104/1984 por el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, introdujo en el artículo 4 de esta norma un segundo supuesto de interinidad, "para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva", pero amplió tal posibilidad de contratación a cualesquiera empresas, públicas o privadas, lo que pudiera interpretarse que excede del marco fijado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solamente referido a las Administraciones Públicas. Esa regulación pasó después al artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que es el que sigue hoy vigente. Debe destacarse no obstante que tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1992 el legislador ha reformado en diversas ocasiones el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin haber recogido nunca la interinidad por vacante entre los supuestos de contratación temporal:

- a) El artículo 1 de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, dio nueva redacción al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin recoger en su seno la interinidad por vacante.
- b) La disposición final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, autorizó al Gobierno para elaborar un texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, lo que se ejecutó mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sin recoger en el artículo 15.1 la interinidad por vacante.
- c) El artículo 1.4 del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, dio nueva redacción al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin recoger en su seno la interinidad por vacante.
- d) El artículo 1.4 de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, dio nueva redacción al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin recoger en su seno la interinidad por vacante.
- e) El artículo 1 del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, dio nueva redacción a varios supuestos de temporalidad del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin recoger en su seno la interinidad por vacante.
- f) El artículo 1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, dio nueva redacción a varios supuestos de temporalidad del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin recoger en su seno la interinidad por vacante.
- g) El artículo 24 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dio nueva redacción a uno de los supuestos de temporalidad del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores sin tocar el relativo a la interinidad para introducir el supuesto de vacante.
- h) El Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, vuelve a modificar el artículo 15.1 para derogar el supuesto d del mismo.
- i) La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, resultante de la tramitación legislativa del anterior Real Decreto-ley, confirma la derogación del supuesto d del artículo 15.1, sin introducir ninguna otra modificación.



j) El artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modifica la letra a del artículo 15.1.

k) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, resultante de la tramitación legislativa del anterior Real Decreto-ley, confirma la modificación del supuesto a del artículo 15.1, sin introducir ninguna otra modificación.

l) La Ley 20/2014, de 29 de octubre, autoriza al Gobierno a dictar un nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores con sus modificaciones y leyes conexas, "debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas", lo que se ejecutó mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, sin recoger en el artículo 15.1 la interinidad por vacante.

A pesar de la gran preocupación del legislador por la materia de la contratación temporal, que revela esta reiterada reforma de los supuestos de temporalidad del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, el mismo no ha dado apoyo legal a la modalidad de contrato temporal de interinidad por vacante. Bajo los parámetros interpretativos usados en otros casos por la jurisprudencia, podría haberse llegado a entender como un rechazo de la figura, pero no ha sido ésta la interpretación jurisprudencial, que sigue considerando vigente su antigua doctrina sobre la existencia tácita de dicha figura contractual atípica, pese a la obstinada indiferencia del legislador a la misma.

TERCERO.- REGULACIÓN REGLAMENTARIA DEL SUPUESTO DE CONTRATACIÓN TEMPORAL DE INTERINIDAD POR VACANTE

Por consiguiente la regulación del contrato de interinidad por vacante se encuentra únicamente en norma reglamentaria, concretamente en los artículos 4 y 8 del Real Decreto 2720/1998. El Gobierno, al dictar la regulación hoy vigente, realizó algunas precisiones más allá de la validez de la figura de interinidad por vacante:

a) Se trata de una modalidad contractual temporal, que se justifica por la existencia de un "proceso de selección o promoción" para la "cobertura definitiva" de una vacante.

b) Puede ser utilizada por cualquier empresa, pública o privada, incluyendo las Administraciones Públicas y no solamente por las Administraciones Públicas, que es lo que había dicho la doctrina del Tribunal Supremo.

c) El contrato temporal debe realizarse por escrito e "identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna".

d) Se fija como duración del contrato temporal "la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto", con un máximo de tres meses.

e) Si se trata de "procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo", no se aplica el máximo de tres meses, sino que la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4.2 in fine).

f) El contrato se extingue por la incorporación del trabajador o por "el transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas" (artículo 8.1.4ª).

g) Expirada la duración máxima o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (artículo 8.2). Se recoge así, como no puede ser de otra manera, idéntica previsión contenida en el artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores.

h) Si el contrato tiene una duración superior a un año la parte que formule la denuncia está obligada a un preaviso de quince días, que si es incumplido por el empresario obliga a éste al pago de una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido.

Por otra parte hay que tener en cuenta que los contratos de interinidad no tienen prevista indemnización alguna en el momento de su extinción, a diferencia de otros contratos temporales, conforme al artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- UTILIZACIÓN POR EL SECTOR PÚBLICO DEL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE

Una vez que el contrato de interinidad por vacante se hizo posible por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el resultado fue la generalización de su uso por las Administraciones Públicas para cubrir plazas figuradas en las relaciones de puestos de trabajo y dotadas presupuestariamente sin un titular. Una vez cubiertas las plazas de esta manera, el trabajador interino que la ocupa se encuentra en una situación de precariedad laboral, de manera que su contrato se extingue, conforme a las previsiones reglamentarias, cuando su plaza se cubra



por un "proceso de selección externa o promoción interna", pero también cuando venza el plazo máximo de interinidad, que en el caso de las Administraciones Públicas la norma reglamentaria no fija, sino que se remite a la legislación Administrativa. Esa indefinición ha propiciado que se dejaran sin cubrir las plazas ocupadas por trabajadores interinos por vacante, en ocasiones durante muchos años, convirtiéndolo de hecho en contrato de duración indefinida, pero con extinción reglada en el momento en que los responsables administrativos decidan poner en marcha el procedimiento de cobertura definitiva de la plaza. La situación se ha agravado por las limitaciones impuestas por la legislación sobre estabilidad presupuestaria a la cobertura fija de las plazas, impidiendo su incorporación a las ofertas de empleo público. Esas limitaciones comienzan a introducirse por las leyes de presupuestos generales del Estado con motivo de la crisis económica de la primera década de este siglo, hasta llegar a la congelación total en 2012 y años subsiguientes, hasta que en los años 2018 y siguientes se vuelven a reiniciar los procedimientos de ingreso, momento en el cual los puestos de trabajo de los trabajadores interinos que venían cubriendo las plazas se verán abocados a su extinción. Paradójicamente tal limitación a la contratación de personal no implicaba necesariamente una limitación al gasto de personal con cargo al capítulo primero de los presupuestos, puesto que las correspondientes plazas, pese a que no podían ser convocadas para su cobertura definitiva incluyéndolas en la oferta anual de empleo público, sí podían estar dotadas presupuestariamente, posibilitando entonces mantener la contratación mediante interinidad por vacante y el correspondiente abono de salarios y cotizaciones, con lo cual el efecto práctico no era la reducción del gasto de personal, sino la transformación del personal de la plantilla en personal temporal.

QUINTO.- CORRECCIONES PARCIALES INTRODUCIDAS POR LOS TRIBUNALES INFERIORES

Desde el punto de vista jurídico dos han sido los instrumentos correctivos que los tribunales vinieron a aplicar con el paso del tiempo:

a) Fijación de una indemnización de veinte días por año en caso de finalización del contrato. Como consecuencia de la cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el tribunal europeo dictó su sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego, en la cual, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE, entendió que la indemnización por fin de contrato es una condición de trabajo respecto a la cual no cabe introducir una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos que no esté proporcionalmente justificada y consideró que si un trabajador fijo, al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, tenía derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio si se extingue su contrato por una causa objetiva sobrevenida, no imputable al mismo, también un trabajador temporal (en aquel caso una trabajadora interina por sustitución contratada durante muchos años) que se encuentre en una situación análoga en cuanto a la indefinición sobre la causa extintiva objetiva que puede dar lugar a la terminación de su contrato debía tener derecho a la misma indemnización.

b) Aplicación a la duración del contrato temporal del plazo máximo de ejecución de las ofertas de empleo público. Al dictarse el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, hoy texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), se introdujo en el artículo 70.1 una norma según la cual "la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años". De ahí se vino a interpretar por numerosos órganos judiciales inferiores que, dado que el artículo 4.2 del Real Decreto 2720/1998 establece que la duración del contrato de interinidad por vacante en el caso de las Administraciones Públicas debe coincidir con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica, en virtud de esa "normativa específica" el proceso de cobertura de la plaza no puede exceder de tres años, de manera que si tal periodo se excede el resultado es que el contrato deja de ser temporal y se convierte en contrato por tiempo indefinido, si bien, al tratarse de Administraciones Públicas, el trabajador no adquiere la condición de fijo, sino de indefinido no fijo (cuestión diferente a la que aquí abordamos y no vamos a tratar).

SEXTO.- JURISPRUDENCIA PREVIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS MECANISMOS CORRECTIVOS APLICADOS POR LOS TRIBUNALES INFERIORES

Tratándose de una figura contractual creada por la jurisprudencia sobre una interpretación espiritualista de la Ley, interpretación que se ha mantenido con idéntico fundamento sin haber sido nunca acogida expresamente por el legislador, es evidente que la viabilidad de estos mecanismos correctivos depende de su acogimiento por el Tribunal Supremo. En ese sentido se puede decir que ambos han sido rechazados:

a) La indemnización por finalización de contrato. El Tribunal Supremo discrepó con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fijada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C- 596/14, De Diego, manifestando dicha discrepancia al elevar una segunda cuestión prejudicial en el mismo litigio cuando llegó al trámite de casación unificadora, cuestionando la interpretación del tribunal europeo. Esa cuestión fue resuelta por el TJUE en sentencia de 21 de noviembre de 2018 en el asunto C-619/17, De Diego II, que de facto,



aunque no literalmente, corregía su doctrina anterior y suprimía la indemnización anteriormente reconocida a la trabajadora, en base a lo cual el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 13 de marzo de 2019, RCU 3970/2016, dejó sin efecto dicha doctrina europea y suprimió toda indemnización derivada de la extinción lícita del contrato de trabajo temporal por interinidad (tanto por vacante como por sustitución).

b) La aplicación del límite de tres años de ejecución de las ofertas de empleo público a los contratos de interinidad. De nuevo el Tribunal Supremo ha corregido la interpretación de los órganos inferiores, desautorizando la interpretación del artículo 70.1 EBEP y la aplicación del límite de tres años de ejecución de las ofertas de empleo público como límite a los contratos de interinidad por vacante. Ello lo hizo en dos sentencias de pleno, de 24 de abril de 2019 (RCUD 1001/2017) y de 4 de julio de 2019 (RCUD 2357/2018) y en otro grupo numeroso de sentencias ulteriores.

La primera sentencia de pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es la de 24 de abril de 2019 (RCUD 1001/2017). En la misma se fija como criterio que el plazo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público contemplado en el artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público no opera como límite de la duración del contrato temporal, sino que su objeto es distinto, esto es, regular el plazo de ejecución de la oferta de empleo público. No siendo de aplicación dicho límite objetivo, ello no significa que no exista otro límite, pero habrá que estar a las concretas circunstancias del caso. En concreto se viene a adoptar un criterio extraído de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 en el asunto C-677/16, Montero Mateos (referida concretamente a un contrato de interinidad por vacante), en cuyo párrafo 64 se decía: "Incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo". En base a ello y otra serie de circunstancias específicas del caso, que el Tribunal Supremo entró a valorar casuísticamente para fijar doctrina unificada, en aquel caso (duración de más de veinte años de la interinidad por vacante) se entendió que el contrato temporal había quedado desvirtuado. El criterio de duración "inusualmente larga" fue en este caso determinante, como resulta de la siguiente cita:

"Así, dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente -como se ha señalado- estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta, y que justifica la aplicabilidad de la doctrina expuesta de esta Sala IV/TS, y del TJUE por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ (" Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea")".

La segunda sentencia de pleno es la de 4 de julio de 2019 (RCUD 2357/2018), donde se reitera la doctrina respecto a que el plazo del artículo 70.1 EBEP se refiere a la ejecución de la oferta de empleo público y no establece un límite para la duración del contrato temporal de interinidad por vacante que sea aplicable automáticamente. En principio con tal pronunciamiento bastaría para estimar el recurso en aplicación del principio de congruencia, ya que "la única cuestión examinada y resuelta por la sentencia recurrida fue la de si se aplicaba o no el art. 70 del EBEP, sin que se abordaran en ella otras cuestiones como las de existencia de fraude o de abuso de la contratación temporal" y "en un recurso como el presente no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia extra-petita, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias del Pleno de 19 de octubre de 2015 (R. 99/2015), 25 de abril de 2017 (R. 2570/2015) y 18 de septiembre de 2017 (R. 3554/2015)". A pesar de ello analiza algunas cuestiones adicionales y dice que no ha habido inactividad imputable a la Administración "porque las ofertas de empleo público de 1998 a 2004 fueron actualizadas por Orden de 8 de enero de 2008 (BOCM del 23 de enero de 2008) y después la posibilidad de cubrir las vacantes fijas fue imposibilitada por numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 20/2011, de 30 de diciembre y la Ley 22/2013, de presupuestos generales, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo, aunque fuese temporal y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013)".

Esto es lo resuelto por el pleno de la Sala. La mayor parte de las sentencias dictadas en sección que por razones temporales se han podido analizar, se limitan a reiterar la doctrina según la cual el artículo 70.1 EBEP no fija el límite de duración de los contratos temporales y su superación no determina automáticamente la conversión en indefinido no fijo. En ese sentido podemos citar las sentencias inmediatamente posteriores (seguidas de otras muchas) de 22 de mayo de 2019 (RCUD 1336/2018), 31 de mayo de 2019 (RCUD 4420/2017), 11 de junio de 2019 (RCUD 2180/2018), 26 de junio de 2019 (RCUD 2825/2018), 3 de julio de 2009 (RCUD 1552/2018), 18 de julio de 2019 (RCUD 2483/2018), 18 de julio de 2019 (RCUD 1471/2018), 26 de julio de 2019 (RCUD 1058/2018), 12 de septiembre de 2019 (RCUD 1535/2018), 25 de septiembre de 2019 (RCUD 1472/2018), 25



de septiembre de 2019 (RCUD 3203/2018), 19 de septiembre de 2019 (RCUD 3975/2017) y 12 de noviembre de 2019 (RCUD 3503/2018). A título de ejemplo, la sentencia de 12 de septiembre de 2019 (RCUD 1535/2018) sistematiza la doctrina que se unifica de la siguiente manera:

A) El artículo 70.1 EBEP es un precepto que no regula la duración máxima de las interinidades por vacantes, sino que se mueve en un plano distinto pues va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público". El precepto impone obligaciones a las Administraciones Públicas, pero la superación del plazo para ejecutar la oferta pública de empleo no tiene por qué alterar la naturaleza de los vínculos laborales. Tampoco fija en tres años la duración máxima de la interinidad, sino que va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público"

B) Adicionalmente, un plazo de tres años no puede tomarse como límite para considerar ajustada a Derecho o abusiva la interinidad por vacante.

C) El plazo de tres años no puede entenderse como una garantía inamovible, pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad. Sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, en modo alguno cabe pensar que los tres años constituyen una especie de escudo protector que impide la penetración de esas categorías y la extracción de sus consecuencias (que el vínculo se haya transformado en indefinido no fijo). Es decir, el plazo de tres años no puede operar de modo automático para determinar si hay abusos en la gestión de las vacantes que, a su vez, puedan repercutir en la validez del contrato celebrado como de interinidad por vacante.

D) En sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático para destipificar la interinidad por vacante. Es fácil imaginar supuestos (anulación judicial de convocatorias o pruebas, congelación legislativa de la oferta de empleo) en que carecería de sentido asignar esa consecuencia.

E) En suma: son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una u otra conclusión, siempre sobre la base de los parámetros que presiden la contratación temporal.

Reiterando la sentencia del pleno de 24 de abril de 2019, en la sentencia de 11 de junio de 2019, RCUD 2610/2018, el Tribunal Supremo expresamente considera que el contrato se convierte en indefinido cuando tenga una duración "inusualmente larga" y por ello analiza el concreto litigio desde ese punto de vista, si bien en ese caso estima que no se ha producido una duración "inusualmente larga", porque el contrato de interinidad se prolongó entre el 2 de noviembre de 2010 y el 30 de septiembre de 2016 (algo menos de seis años).

No obstante la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo omiten analizar tal cuestión y admiten duraciones de más de diez o quince años de contratos de interinidad por vacante. Incluso existen sentencias como las de 23 de mayo de 2019, RCUD 2211/2018, 23 de mayo de 2019, RCUD 1756/2018, 26 de junio de 2019, RCUD 517/2018 y 20 de noviembre de 2019, RCUD 2732/2018 que parecen dar a entender, mediante la transcripción del texto de sentencias anteriores del Tribunal Supremo, que la superación de los límites de duración del contrato de interinidad por vacante no produce nunca la conversión del mismo en indefinido, puesto que "constituye solamente el incumplimiento de un deber, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección".

La conclusión de todo ello es que se consagró la existencia de contrataciones en la modalidad jurisprudencial y reglamentaria de interinidad por vacante de largos años de duración, sin limitación temporal concreta y sin derecho a indemnización a su finalización.

SÉPTIMO.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTERIOR A LA SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2021 SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO, DE 28 DE JUNIO DE 1999, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

Como hemos visto la sentencia del pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019, RCUD 1001/2017, consideró que de la Directiva 1999/70/CE obliga a considerar indefinido un contrato temporal cuando su duración dependa de circunstancias imprevisibles y alcance una duración "inusualmente larga". Dicho criterio parte del párrafo 64 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 en el asunto C-677/16, Montero Mateos (referida concretamente a un contrato de interinidad por vacante), donde se dijo: "Incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo". Ese criterio solamente se reitera (aparte de citas literales de la sentencia de pleno que no inciden en el razonamiento de otras sentencias) en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2019, RCUD 2610/2018, aún cuando en este caso sea para desestimar el abuso en la contratación temporal. Hay que



destacar que el citado párrafo 64 de la sentencia Montero no aparece en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2018 en el asunto C-619/17, De Diego II.

Lo cierto es que a partir únicamente del párrafo 64 de la sentencia Montero no es fácil llegar a una conclusión clara sobre el tema, puesto que en él el TJUE mandaba al órgano judicial nacional para tomar una decisión al respecto, pero no daba una respuesta sobre cuál hubiera de ser la solución pertinente. Hay que tener en cuenta que la sentencia Montero versa sobre la interpretación de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE y lo que aquí estamos analizando es la interpretación de la cláusula quinta, que sería la relevante a efectos de determinar cuál es el significado de dicho criterio.

Para ello hemos de analizar la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE y su interpretación por el TJUE. Esa Directiva regula desde el punto de vista del Derecho de la Unión el trabajo de duración determinada al incorporar un Acuerdo Marco adoptado por los interlocutores sociales en el nivel de la Unión Europea. La cláusula primera del acuerdo anexo fija dos objetivos para dicha norma, el primero relativo a la no discriminación (desarrollado en la cláusula 4) y el segundo relativo a impedir abusos en el uso de la contratación temporal (desarrollado en la cláusula quinta). En concreto define dicho objetivo de la siguiente manera:

" Evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada ".

La Directiva no fija como objetivo la limitación a la duración de un único contrato temporal, sino que obliga a establecer límites al encadenamiento de sucesivos contratos. Esto es desarrollado en la cláusula quinta, que dispone literalmente lo siguiente:

" Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

Sobre esta cláusula quinta se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas ocasiones, de las que destacamos las siguientes:

1- En dos sentencias de 7 de septiembre de 2006 en los asuntos C-53/04 y C-180/04 , Marrosu y Sardino y Vassallo, el TJUE dijo que, cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión. La Directiva no exige sin embargo que esa medida pase por la conversión del contrato en indefinido, siempre que la normativa contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

2- En la sentencia de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04 , Konstantinos Adeneler y otros, dictada en Gran Sala, el TJUE dijo:

-Que la Directiva 1999/70 se aplica también a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público y no exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado.



-Que las razones objetivas a las que se refiere la directiva para justificar la renovación de un contrato temporal deben tener naturaleza sustantiva y no meramente formal. El concepto de "razones objetivas" se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. En cambio no es válida como razón objetiva una disposición nacional que se limita a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto.

-Que a pesar de que el concepto de "contratos sucesivos" debe ser definido por el Estado, "el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco" y más todavía "tratándose de un concepto clave, como es el de las relaciones laborales sucesivas, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo marco". Por ello no es compatible con la Directiva una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos de trabajo de duración determinada separados por un intervalo máximo de veinte días laborables, puesto que con ello quedan comprometidos el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco, ya que "al empresario le bastaría con dejar transcurrir un intervalo de sólo veintiún días laborables antes de celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza para impedir automáticamente la transformación de los contratos sucesivos en una relación laboral más estable".

-Que a pesar de que el Acuerdo marco no impone la obligación de transformar en contrato indefinido un contrato temporal utilizado de forma abusiva, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, es contraria a la Directiva una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a "necesidades permanentes y duraderas" del empleador y deben considerarse abusivos.

-Que en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva (en este caso el 10 de julio de 2001), a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva

3- En la sentencia de 15 de abril de 2008 en el asunto C-268/06, *Impact*, también dictada en Gran Sala, el TJUE dijo que el contenido de la cláusula quinta no es incondicional y lo suficientemente preciso para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, pero también dijo lo siguiente:

-Que los Estados miembros de la UE "deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por dicha Directiva" y tienen el deber "de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación", que "se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros", "incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público".

-Que la Directiva 1999/70 parte de la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral y, aunque reconoce al mismo tiempo que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades, concibe la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores. El objetivo de la Directiva es imponer límites a la utilización sucesiva de relaciones laborales temporales, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, obligando a establecer un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.

-Que el objetivo de la Directiva consiste en establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y por ello los Estados miembros están obligados "a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para alcanzar el objetivo contemplado por dicha Directiva y por el Acuerdo marco, consistente en evitar el recurso abusivo a contratos de duración determinada", obligaciones que les incumben no solamente en su función de intervención legislativa o administrativa, sino también en su condición de empleadores. Y por ello la Directiva



se vería privada de su efecto útil si una autoridad de un Estado miembro, actuando como empleador público, pudiera renovar contratos por una duración anormalmente larga (en aquel caso ocho años) en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a la Directiva (10 de julio de 2001) y la fecha de entrada en vigor de la Ley de adaptación a dicha Directiva, con el resultado de privar a los interesados, durante un plazo no razonable, de la posibilidad de acogerse a las medidas adoptadas por el legislador nacional para adaptar el Derecho interno a la cláusula 5 del Acuerdo marco.

4- En el auto de 12 de junio de 2008 en el asunto C-364/07, Vassilakis, el TJUE reiteró en lo esencial el contenido de la sentencia Adeneler, pero con una diferencia que ha de ser tenida en cuenta y es que dijo que la Directiva no se opone, en principio, a una normativa nacional en virtud de la cual sólo los contratos o relaciones de trabajo de duración determinada que estén separados por un período inferior a tres meses pueden ser calificados de "sucesivos" en el sentido de la cláusula quinta. No obstante ese principio general que considera válido como criterio de ruptura del encadenamiento los tres meses requiere siempre una valoración casuística según las circunstancias concretas del caso y por ello, según el TJUE (versión francesa del auto), "en todo caso incumbe a las autoridades y a las jurisdicciones nacionales encargadas de llevar a cabo las medidas de transposición de la Directiva 1999/70 y llamadas por ello a pronunciarse sobre la calificación de los contratos de duración determinada como sucesivos, examinar en cada caso todas las circunstancias del litigio, tomando en consideración específicamente el número de los contratos sucesivos concluidos con la misma persona o con la finalidad de llevar a cabo un mismo trabajo, con el objeto de excluir que las relaciones de trabajo de duración determinada sean utilizadas de manera abusiva por los empleadores".

5- En la sentencia de 23 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros, el TJUE dice que el artículo 5 no se aplica a los contratos temporales únicos, sino a las renovaciones o a contratos sucesivos. También dice que si la legislación nacional contiene una norma que imponga medidas equivalentes suficientemente efectivas (como sería la conversión del contrato en indefinido en caso de renovación o de contratos sucesivos) no es necesario aplicar las medidas restrictivas del artículo 5; así mismo dice que las razones objetivas que pueden justificar la renovación de un contrato temporal no pueden servir para cubrir necesidades que no tengan carácter temporal, sino "permanente y duradero". En la mayor parte de los contenidos viene a reiterar las conclusiones de la sentencia Adeneler.

6- En la sentencia de 26 de enero de 2012 en el asunto C-586/20, Küçük, el TJUE analiza el caso de trece contratos de trabajo sucesivos de sustitución de trabajadores fijos con reserva de puesto de trabajo (en la mayor parte de los casos de trabajadores que disfrutaban permisos temporales para la educación de los hijos). La sentencia señala que en principio en una administración que dispone de numeroso personal es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales por distintas causas y que ello puede ser una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5.1.a del Acuerdo Marco que justifica la renovación de contratos temporales o los contratos temporales sucesivos en función de las necesidades que surjan. No obstante debe analizarse en cada caso concreto las circunstancias, especialmente el número de contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, para evitar que los contratos sean utilizados de manera abusiva por los empleadores.

7- En la sentencia de 8 de marzo de 2012 en el asunto C-251/1, Huet, el TJUE dice que cuando el contrato temporal se convierta, como consecuencia de la renovación o por la reiteración de contratos en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, el Estado debe velar por que la transformación de los contratos no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos.

8- En la sentencia de 13 de marzo de 2014 en el asunto C-190/13, Márquez Samohano el TJUE analiza el caso de los profesores asociados de Universidad que celebran sucesivos contratos anuales sin límite y considera que existen razones objetivas para dicho régimen en tanto en cuanto "para ser contratado como profesor asociado, el interesado debe ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario y sólo puede desempeñar su actividad docente a tiempo parcial", por lo cual en este supuesto el contrato de trabajo temporal "no puede, como tal, menoscabar la finalidad del Acuerdo marco, que es proteger a los trabajadores contra la precariedad en materia de empleo". "Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato".

9- En la sentencia de 3 de julio de 2014 en los asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros, el TJUE dijo:



-Que el Acuerdo marco no obliga a los Estados a adoptar una medida que exija que cualquier primer o único contrato de trabajo de duración determinada esté justificado por una razón objetiva, puesto que la cláusula quinta del Acuerdo Marco "únicamente se refiere a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, por lo que las razones objetivas contempladas en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula sólo se refieren a la "renovación de tales contratos o relaciones de trabajo".

-Que el Estado miembro tiene un margen de apreciación y "puede legítimamente optar por no adoptar la medida contemplada en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula, consistente en exigir que existan razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos" y "puede preferir adoptar una de las medidas o las dos medidas contempladas en el apartado 1, letras b) y c), de la mencionada cláusula, que se refieren, respectivamente, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales, o incluso optar por mantener una medida legal equivalente existente y ello siempre que, con independencia de cuál sea la medida elegida, se garantice la prevención efectiva de los abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada".

-Que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión, pero el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, sino que puede optar por otro tipo de medidas disuasorias que cumplan con los requisitos de efectividad y equivalencia.

-Una normativa que establece una regla imperativa según la cual, cuando un trabajador ha sido empleado de modo ininterrumpido por el mismo empleador, en virtud de varios contratos de duración determinada, por una duración superior a un año, dichos contratos se transforman en relación laboral por tiempo indefinido, cumple los requisitos para ser considerada como un cumplimiento adecuado de la Directiva.

-Un intervalo de 60 días puede considerarse, en general, suficiente para interrumpir cualquier relación laboral existente y, en consecuencia, hace de modo que cualquier contrato eventual firmado con posterioridad no se considere sucesivo en este caso en que la duración de los contratos de trabajo de duración determinada no puede superar los 78 días, puesto que en base a tal duración máxima de los contratos temporales, resulta difícil para un empleador que tiene necesidades permanentes y duraderas eludir la protección que concede el Acuerdo marco contra los abusos dejando transcurrir, al finalizar cada contrato de trabajo de duración determinada, un plazo aproximado de dos meses. No obstante, incumbe a las autoridades y a los tribunales nacionales, encargados de aplicar las medidas de transposición de la Directiva 1999/70 y que deben pronunciarse, de esta forma, sobre la calificación de contratos de duración determinada sucesivos, examinar, en cada caso, todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que relaciones de trabajo de duración determinada sean utilizadas de manera abusiva por los empleadores. El órgano judicial, al determinar si el plazo es suficiente en cada caso, debe garantizar que la duración máxima de un año prevista por la normativa nacional para adquirir la condición de fijo se calcule de modo que conduzca a reducir sustancialmente el carácter definitivo de la prevención y de la sanción del uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, para lo cual la duración máxima se puede calcular en función, no del número de días civiles cubiertos por los contratos de trabajo, sino en función de los días de actividad efectiva.

10- En la sentencia de 26 de noviembre de 2014 en los asuntos acumulados C-22/13 , C-61/13 a C-63/13 y C-418/13 , Mascolo y otros, el TJUE afirma que el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular de su ámbito de aplicación. Después reitera su doctrina sobre la sanción efectiva y disuasoria de los abusos, que si se produce permite excluir la conversión de los contratos en indefinidos. Y analiza los contratos sucesivos de duración determinada para la realización de sustituciones. Dice que "una normativa nacional que permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para sustituir, por una parte, a los miembros del personal de las escuelas de titularidad estatal a la espera de que concluyan los procesos selectivos para la contratación de personal titular y, por otra parte, a los miembros del personal de dichas escuelas que temporalmente no pueden ejercer sus funciones no es en sí misma contraria al Acuerdo marco", porque esas circunstancias pueden constituir razones objetivas que justifican la renovación de contratos o su encadenamiento. En relación con la interinidad por vacante dice que "cuando un Estado miembro reserva el acceso a las plazas permanentes en las escuelas públicas al personal que haya superado un proceso selectivo, a través de la titularización, también puede estar objetivamente justificado, con relación a dicha disposición,



que, mientras se está a la espera de que terminen los procesos selectivos, las plazas vacantes se cubran a través de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada", pero "la aplicación concreta de esa razón objetiva, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco" y por ello "las autoridades competentes deben establecer criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto", de manera que la contratación temporal "no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal". Por esta razón el TJUE concluye que si el plazo de cobertura "es tan variable como incierto", puesto que "la normativa nacional... no fija ningún plazo concreto en lo referente a la organización de los procesos selectivos, que está en función de las posibilidades financieras del Estado y de la apreciación discrecional de la Administración" la "normativa nacional..., aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a la realización de sustituciones anuales para plazas vacantes en las escuelas de titularidad estatal únicamente por un período de tiempo determinado hasta la conclusión de los procesos selectivos, no garantiza que la aplicación concreta de esta razón objetiva, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad de que se trata y los requisitos para su ejercicio, sea conforme con las exigencias del Acuerdo marco". En concreto dice:

"A falta de una fecha concreta para la organización y la conclusión de los procesos selectivos que pongan fin a la sustitución y, por lo tanto, de un límite real en cuanto al número de sustituciones anuales efectuado por un mismo trabajador para cubrir la misma plaza vacante, tal normativa, en infracción de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado".

Y también:

"Aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no pueden justificar un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo marco".

11- En la sentencia de 26 de febrero de 2015 en el asunto C-238/14, Comisión c. Luxemburgo, el TJUE dice que Luxemburgo ha vulnerado la Directiva 1999/70/CE al permitir a los empresarios de un sector de actividad celebrar contratos temporales sucesivos o renovaciones de un contrato temporal sin limitación alguna y solamente en base a consideraciones genéricas sobre las características del sector que exijan "flexibilidad". Para que puedan excepcionarse las limitaciones a las renovaciones o encadenamiento de contratos es preciso demostrar la existencia de circunstancias específicas y concretas que caractericen la actividad de que se trate y que justifiquen en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

12- En la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés, el Tribunal de Justicia reiteró que si no existe una sanción apropiada en el ordenamiento jurídico suficiente disuasoria frente al abuso en la contratación temporal, debe reconocerse el derecho al mantenimiento de la relación laboral indefinida e igualmente dijo que las normas procesales deben permitir imponer la sanción apropiada para el abuso en la misma sentencia que declara la existencia del abuso.

13- En la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-16/15, Pérez López, el TJUE dijo que el Acuerdo Marco se aplica al personal estatutario de los servicios públicos de salud, puesto que el concepto de trabajador es de alcance europeo y no depende de la definición del Derecho interno como laboral o funcional. En relación con la cláusula quinta indicó que, a pesar de que la sustitución de trabajadores con reserva de puesto de trabajo en principio es una razón objetiva que justifica la renovación o encadenamiento de contratos, "no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo", utilizando "la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable". Para determinar si esa situación se está produciendo y el empleador está utilizando contratos temporales para cubrir necesidades permanentes se debe tomar en consideración tanto el porcentaje de personal temporal en relación con el personal fijo (considerando anómalo un porcentaje del 25%), como la duración de los contratos sucesivos, entendiéndose que se produce una duración anómala cuando se llega "en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años".



14- En el auto de 21 de septiembre de 2016 en el asunto C-614/15, Popescu, el TJUE resume doctrina en el sentido de:

-Para el caso de que se compruebe la existencia de abusos en la renovación de contratos temporales o en contratos sucesivos corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Aunque, a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Las medidas deben ofrecer garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

-Las razones objetivas que permiten las renovaciones no pueden ser genéricas ni dar lugar a que se cubran necesidades permanentes del empresario, lo que puede resultar de la duración real del contrato del trabajador, cuando ésta revele la permanencia. No pueden admitirse como razones objetivas consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a un riesgo financiero, ni a consideraciones de índole presupuestaria. Cuando se alega como razón objetiva que justifica la renovación del contrato o contrataciones sucesivas " la espera de la conclusión de los procesos selectivos para la contratación de personal permanente" dice que la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que concluyan los procesos selectivos podría considerarse una razón objetiva, pero debe examinarse su aplicación concreta para comprobar si se ajusta a las exigencias del Acuerdo marco, lo que requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal y destaca que el hecho de que no exista " información respecto al desarrollo mismo de los procesos selectivos, a tal punto que, con mayor razón, su desenlace era más que incierto", es un elemento que debe tomarse en consideración para descartar la correcta utilización de esa razón objetiva para la renovación. En concreto dice el TJUE que "el hecho de que la renovación de los contratos de duración determinada sucesivos se efectúe a la espera de la conclusión de procesos selectivos no es suficiente para que esta normativa sea conforme con dicha cláusula, si resulta que la aplicación concreta de la misma da lugar, de hecho, a una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos".

15- En la sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, el TJUE dice que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, pero que corresponde al Estado fijar dichas medidas dentro de su margen de apreciación, de manera que el Derecho de la Unión "no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido", pero siempre bajo la condición de que el Estado haya establecido otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Para decidir si la medida alternativa es suficiente y adecuada han de aplicarse los principios de equivalencia y de efectividad, esto es, no debe ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). En ese sentido el Tribunal de Justicia considera que la sustitución de la conversión en trabajador fijo por una indemnización tasada (en este caso "entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución total percibida") es aceptable si adicionalmente se cumplen dos condiciones:

-Que el trabajador tenga la oportunidad de reclamar de la entidad empleadora una indemnización dirigida a la reparación íntegra del daño, no tasada ni limitada, por las oportunidades de empleo perdidas, "demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado".

-Que en el caso del sector público no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, como pueden ser, a título de ejemplo:

*que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones



relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción haya sido intencional o resultado de una falta grave.

*que la infracción se tenga en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos y les impida obtener complementos salariales vinculados al resultado.

*que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción.

El órgano judicial debe comprobar si estos elementos, relativos a las sanciones que pueden adoptarse contra las administraciones públicas y sus directivos en caso de recurso abusivo a los contratos de duración determinada, tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco, puesto que si el trabajador víctima del abuso no obtiene una reparación suficiente y además no existe mecanismo disuasorio efectivo del uso de contratos temporales encadenados abusivamente debe reconocerse al trabajador la fijeza de su contrato.

16- En la sentencia de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17 , Sciotto, el TJUE dice:

-El carácter público del empleador carece de incidencia en la protección que recibe un trabajador en virtud de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que se aplica también a los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con las administraciones y demás entidades del sector público, por lo que la definición a efectos del Acuerdo Marco del concepto de "trabajador con contrato de duración determinada" engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

-No pueden establecerse excepciones generales a la aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo para determinados sectores o colectivos, puesto que el concepto de "razones objetivas" que pueden justificar la renovación de contratos temporales exige mayor concreción. No cabe admitir consideraciones presupuestarias como razones objetivas para mantener la temporalidad. Por otra parte "una normativa nacional que permite la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para realizar sustituciones a la espera de que concluyan los procedimientos de concurso organizados para seleccionar personal por tiempo indefinido no es en sí misma contraria al Acuerdo Marco y puede justificarse por una razón objetiva", pero " la aplicación concreta de esa razón objetiva debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo Marco, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio" y debe constar "información sobre la posibilidad de que la demandante en el litigio principal participara en procedimientos de concurso organizados por su empleador, ni tan siquiera sobre la propia existencia de dichos procedimientos".

-El Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, pero, para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional que prohíbe transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

17- En la sentencia de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17 , Rossato, el TJUE dijo:

-Que la reparación adecuada del abuso de la contratación temporal a la que tiene derecho el trabajador no puede limitarse a una indemnización meramente simbólica, pero que el Derecho de la Unión no obliga a sobrepasar la compensación íntegra.

-Que en el caso de un trabajador sometido a una contratación temporal abusiva que como consecuencia haya sido considerado trabajador indefinido, dicha transformación del contrato supone ya por sí misma "una medida que sanciona efectivamente esa utilización abusiva", sin que sea exigible una acumulación de medidas, ni tampoco el principio de reparación integral del perjuicio sufrido o el principio de proporcionalidad exijan el abono de una indemnización de carácter punitivo, por lo que no tiene un derecho adicional a obtener una indemnización.

-Que el Derecho de la Unión no obliga a los Estados miembros a tratar del mismo modo a los funcionarios de carrera nombrados mediante oposición y los nombrados a través de una selección por méritos, sobre la base de la experiencia profesional adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, ya que esta diferencia de trato se debe, por una parte, a la necesidad de tener en cuenta las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir los funcionarios de carrera y, por otra parte, a la necesidad de evitar una discriminación inversa en contra de estos últimos, por lo cual el reconocimiento de



la antigüedad del trabajador, una vez reconocido como indefinido, no es preciso que siga las mismas normas que las aplicables a los funcionarios de carrera.

-Que no obstante el reconocimiento de una antigüedad inferior al período durante el cual el trabajador prestó servicios en virtud de contratos de duración determinada puede ser considerado como una dispensa, contraria al Acuerdo Marco, de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, salvo que se aporte alguna justificación por las circunstancias del caso.

18- En la sentencia de 22 de enero de 2020 en el asunto C-177/18, Baldonado Martín, el TJUE ha dicho que la cláusula quinta del Acuerdo marco no es de aplicación si no consta que la trabajadora haya trabajado para la empresa en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, sino que la relación de servicio entre las partes es la primera y única establecida entre ellas y la trabajadora únicamente ha ocupado una misma plaza de forma constante y continuada.

19- En la sentencia de 19 de marzo de 2020, en los asuntos acumulados C-103/18 y 429/18, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez c. SERMAS, el TJUE considera que queda bajo el ámbito de la cláusula quinta del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE como "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada", "una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo". Esa situación no puede entenderse legítimamente justificada por "razones objetivas", cuando mediante esas renovaciones el empleador cubre necesidades permanentes y estables en materia de personal. El órgano judicial debe decidir si las medidas adoptadas en tal situación por la legislación nacional (organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas, la transformación de los empleados públicos en "indefinidos no fijos" y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente) constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes. Y finalmente nos dice que el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que dicho Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público. En tales casos, aunque la cláusula quinta de la Directiva no sea suficientemente precisa para imponer su contenido sobre la legislación nacional, sí obliga al órgano judicial a optar, entre las diversas posibilidades, por una interpretación conforme que de efecto útil a la Directiva.

20- Finalmente la sentencia de 11 de febrero de 2021 en el asunto C-760/18, M.V y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) "Dimos Agiou Nikolaou", ha establecido la primacía del Derecho de la Unión en estos casos incluso frente a una reforma constitucional nacional (en ese caso en la República Helénica) que impide su aplicación.

OCTAVO.- INTENTO DE COMPATIBILIZAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO MARCO ANEXO A LA DIRECTIVA 1999/70/CE.

Es evidente que el propio Tribunal Supremo era consciente de que la admisión de la existencia de contratos temporales de interinidad por vacante de muchos años de duración y de manera ilimitada entraña una contradicción con la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia analizada del TJUE que interpreta y aplica el mismo. Pero en la sentencia de la Sala Cuarta de 27 de abril de 2021 (RCUD 2186/2019) se intentó salvar esa eventual contradicción en aquellos casos en que solamente haya existido un único contrato, por larga que sea su duración, por cuanto la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 22 de enero de 2020 en el asunto C-177/18, Baldonado Martín) nos dice que la cláusula quinta del Acuerdo marco no es de aplicación si no consta que la trabajadora haya trabajado para la empresa en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, sino que la relación de servicio entre las partes es la primera y única establecida entre ellas y la trabajadora únicamente ha ocupado una misma plaza de forma constante y continuada. Por otro lado el Tribunal Supremo matiza su



doctrina anterior recordando lo señalado en su primera sentencia de 24 de abril de 2019 (reiterado en la 11 de junio de 2019 (RCUD 2610/2018), esto es, que no cabe admitir la duración "inusualmente larga" si no hay justificación para la demora en el cumplimiento de la obligación de convocatoria y cobertura de la plaza. Todo ello le permite afirmar la compatibilidad entre su doctrina y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En concreto dice el Tribunal Supremo en su sentencia citada (fundamento de Derecho cuarto):

" *Jurisprudencia del TJUE.*

Como es obligado (art. 4.bis LOPJ), nuestra doctrina ha ido teniendo muy en cuenta la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente al interpretar el alcance del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Por cuanto de inmediato se verá, conviene asegurarnos de que así sigue siendo.

1. El caso Montero Mateos.

Resulta particularmente relevante la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (C-677/16 , Montero Mateos), dada la índole del problema suscitado. Tras breve contrato de sustitución, en febrero de 2008 la trabajadora comienza a interinar una plaza vacante, afecta a la convocatoria de consolidación de empleo para auxiliares hostelería activada en octubre de 2009; en julio de 2016 el proceso finaliza desfavorablemente para la trabajadora y es cesada a final de septiembre. La sentencia concluye que el Derecho de la UE no se opone a la regulación conforme a la cual se carece de derecho a indemnización cuando finaliza un contrato de interinidad por vacante, mientras que sí la perciben los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Sin perjuicio de lo anterior "incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo" (ap. 64). Recordemos el tenor de su parte dispositiva:

La cláusula cuarta, apartado 1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1997/70 del Consejo, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata el litigio principal, al vencer el término por el que esos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Es decir, la superación del plazo de tres años en régimen de temporalidad aparece como un elemento neutro a la hora de identificar la naturaleza del contrato de trabajo. Eso sí, hay que comprobar si su duración es "inusualmente larga", locución no exenta de serias dificultades interpretativas y que, llevada a su razonable consecuencia, no debe amparar un abuso si eso es lo usual, sino que debe aludir a la justificación que posea el lapso temporal en cuestión. En este sentido, por ejemplo, puede verse la STS 840/2019 de 5 de diciembre (rec. 1986/2018):

Así lo ha entendido, también la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) que señaló: "En el caso de autos, la Sra. Lorena no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo", conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Y utilizamos expresamente la locución "injustificadamente larga" porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte "inusualmente" larga; sino que la duración del contrato sea "injustificada" por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.

2. El caso Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez.



La STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18) aborda problemas suscitados en el marco de empleos funcionariales que se han dilatado en el tiempo (entre doce y diecisiete años), habiendo mediado sucesivos nombramientos para ocupar la plaza interinada. La sentencia concede relevancia al incumplimiento por parte del empleador (un Servicio Público de Salud) de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo y subraya que el Derecho de la UE impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables.

La Directiva 1999/70 UE no obliga a transformar necesiter los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias proporcionadas y disuasorias. La provisión definitiva del puesto, la transformación del contrato en indefinido no fijo, o la percepción de una indemnización equivalente a la del despido improcedente se apuntan como ejemplos de medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos.

La STJUE aborda el caso entendiendo que ha habido sucesivos nombramientos anuales y destaca que ello colisiona con la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco que protege frente al abuso de sucesivos contratos temporales. Pero esa regla solo se aplica si ha habido "sucesivos contratos o relaciones laborales" (ap. 56), aunque sea para ocupar "el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones" (fallo, ap. 1).

Tanto en el apartado 64 de la STJUE cuanto en el resto de ellos y en el propio fallo se alude continuamente a la existencia de sucesivos o varios contratos (al menos dos). Ello, con independencia de que el actor del C-103 haya desempeñado siempre el mismo puesto de trabajo vacante. En los términos del apartado 64 de la sentencia, "conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, apartados 41 y 42; de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 45, y de 22 de enero de 2020, Baldonado Martín, C-177/18, EU:C:2020:26, apartado 70). La misma premisa (sucesivas relaciones de empleo) vale para la censura sobre la regulación aplicable al caso:

97 En estas circunstancias, una normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. La antedicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador.

98 Por consiguiente, sin perjuicio de la comprobación que deben realizar los juzgados remitentes, tal normativa no parece constituir una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 86 de la presente sentencia, ni, por tanto, una "medida legal equivalente" en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

A la vista de cuanto antecede, consideramos que la doctrina del TJUE concuerda con la exigencia que venimos manteniendo: la necesidad de examinar las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de comprobar si ha existido una práctica abusiva por parte del empleador público.

En efecto, ese es el criterio que la Sala ha venido aplicando cuando ha entendido que no había causa ni razón alguna que pudiera justificar la no realización efectiva de las convocatorias públicas de empleo (STS Pleno de 24 de abril de 2019, Rjud. 1001/2017).

NOVENO.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE JUNIO DE 2021 EN EL ASUNTO C-726/19, IMIDRA.

En este contexto normativo y jurisprudencial es en el que viene a producirse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/2019, precisamente resolviendo cuestión prejudicial elevada por otra sección de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En esta sentencia se resuelve, precisamente, sobre un contrato de interinidad único, concertado en el año 2003, que se extinguió alegando su finalización en el año 2016, cuestionándose que en aquel momento ya no podía ser considerado válidamente temporal. Al tratarse de un único contrato y aplicando la doctrina del TJUE en la sentencia de 22 de enero de 2020 en el caso Baldonado Martín la cláusula quinta, según se alegó por la entidad demandada y por el Gobierno español, no sería aplicable.

Frente a ello el TJUE dice que del tenor literal de dicha cláusula y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha disposición solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración



determinada, de modo que un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en su ámbito de aplicación. Por otra parte la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco deja, en principio, a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la tarea de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán "sucesivos", pero el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco, ni permitir una situación que pueda dar lugar a abusos. Aunque no se trate, stricto sensu, de una sucesión de dos o de varios contratos de trabajo (que supone la existencia y la celebración formal de dos o más contratos distintos, uno de los cuales sucede a otro), basta con que nos encontremos ante una prórroga de un único contrato para que la cláusula quinta devenga aplicable y ello no solamente incluye las prórrogas expresas, sino también las prórrogas implícitas o automáticas de un contrato de duración determinada inicial. No cabe hacer una interpretación restrictiva del concepto de relaciones sucesivas de manera que se prive de efecto útil a la Directiva y por ello existen relaciones sucesivas cuando el contrato de trabajo se prorroga de forma automática o implícita, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada. De lo contrario no solamente se excluirían en la práctica un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también se permitiría la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.

Para comprobar si se ha producido una prórroga automática hay que partir de la duración inicial del contrato y comprobar si la misma se ha extendido después en el tiempo de forma sobrevenida. El concepto de "duración" de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada y la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En aquellos casos en los que la duración inicial no esté fijada mediante una fecha concreta, habrá que atender al supuesto de hecho que determina la misma (la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado) para comprobar cuál era la fecha previsible razonablemente en que debía producirse. La alteración sobrevenida de las expectativas puede equipararse a una renovación y por ello a la existencia de contratos sucesivos. Y por ello el TJUE entiende que se produce la prórroga automática siempre que se organiza un proceso de cobertura de la plaza que resulta frustrado, no cubriéndose finalmente la plaza y manteniéndose la interinidad, así como cuando se incumple la obligación de organizar el proceso de cobertura dentro del plazo previsto por la normativa.

Cabe recordar que este criterio ya fue aplicado por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 24 de junio de 2020 (recurso de suplicación nº 237/2020).

Por lo demás el TJUE reitera su doctrina, en el sentido de que si el Estado no ha adoptado ninguna medida de las previstas en la cláusula quinta para limitar la duración de los contratos encadenados o sus renovaciones y se han producido abusos en este ámbito, el trabajador afectado tiene derecho a una reparación, que puede ser la consideración de su contrato "por tiempo indefinido", si bien dicha consecuencia puede ser sustituida por la legislación del Estado por otra distinta, si la misma es suficientemente efectiva y disuasoria, aplicándose en otro caso como consecuencia la naturaleza indefinida de la relación laboral. Para valorar si la consecuencia alternativa prevista en la legislación es suficientemente disuasoria el TJUE se remite a su doctrina previa, ya analizada, si bien entrando en el caso concreto de los contratos de interinidad por vacante en España considera que no existe ninguna consecuencia efectiva que evite la declaración del contrato como indefinido, recordando que el mero establecimiento de una indemnización por finalización del contrato es insuficiente, resultando que además en este concreto caso tal indemnización ni siquiera está prevista por la legislación nacional. Finalmente recuerda que, aunque un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, también hay que recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, puesto que la exigencia de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, puesto que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen. Y añade que no es equiparable la situación en la que una norma impide interpretar la normativa nacional con arreglo al Derecho de la Unión y la situación en la que la contradicción no se produce con una norma, sino con un criterio jurisprudencial, porque la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario,



su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho.

Finalmente nos dice que el retraso en la organización de los procedimientos de selección basado en el cumplimiento de obligaciones legales derivadas, en particular, de las leyes de presupuestos y de restricciones presupuestarias tal justificación no es válida frente a la obligación de cumplir con la Directiva y, por tanto, no puede justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.

DÉCIMO.- CONSECUENCIAS SOBRE EL LITIGIO ACTUAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE JUNIO DE 2021 EN EL ASUNTO C-726/19.

En aplicación del criterio de dicha sentencia del asunto IMIDRA en este caso nos encontramos en el ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, dado que, pese a tratarse de un único contrato, el mismo ha sido objeto de una renovación tácita por dos razones:

Porque en el momento de la contratación en el año 2004 la duración razonablemente previsible de la contratación de interinidad no podía ser en ningún caso de la duración que finalmente ha tenido de manera inexplicada, de manera que ha sido objeto de una o varias prórrogas implícitas.

Y porque la expectativa razonable de duración ha de venir dada por el cumplimiento de las obligaciones legales de incluir las vacantes en las correspondientes ofertas públicas de empleo que deben ser ejecutadas legalmente en el plazo de tres años según el artículo 70 EBEP, de manera que pasado dicho plazo (cuya ampliación no es justificable por razones presupuestarias, máxime cuando se mantiene la contratación de interinidad y por tanto el gasto público asociado a la misma), debe entenderse siempre producida la prórroga implícita.

Siendo esto así, resultando que no existe ninguna medida limitativa en el Derecho nacional de las previstas en la cláusula quinta del acuerdo marco y que ello ha producido una situación abusiva de duración injustificadamente larga, la consecuencia ha de ser que se ha producido un incumplimiento de dicha cláusula quinta en el caso concreto de la trabajadora demandante. A esa conclusión no puede oponerse ninguna interpretación jurisprudencial previa, no existiendo normas que impidan aplicar dicha consecuencia, tal y como hemos analizado, sino todo lo contrario, máxime cuando la propia modalidad contractual es de creación jurisprudencial y no legal, admitiéndose por vía interpretativa la temporalidad en este tipo de situaciones, no prevista por la Ley.

De acuerdo con la doctrina tradicional del TJUE, para evitar la conversión en fijos de los trabajadores afectados por la vulneración de la cláusula quinta el Estado debe prever medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad (sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, Marrosu y Sardino y Vassallo, de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler, de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés). Para valorar las medidas alternativas introducidas con arreglo a dichos principios es preciso que satisfagan los principios de equivalencia y efectividad, lo que requiere dos aspectos: que se compense suficientemente al trabajador y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración por el pago de las indemnizaciones debidas a los trabajadores que se exija efectivamente en la práctica. Para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro).

En ese sentido y como ya dijo esta Sala en su sentencia de 17 de febrero de 2021 en el recurso de suplicación nº 845/2020, es obvio y notorio que las medidas existentes en Derecho español no cumplen con dichos criterios, porque si se trata de interinidad por vacante no está prevista indemnización alguna mediante la finalización del contrato e incluso si se aplicara la indemnización creada por vía jurisprudencial para los indefinidos no fijos, esto es una indemnización tasada de 20 días por año de servicio, la misma no cumpliría los requisitos para las indemnizaciones establecidos en la jurisprudencia analizada. Por otra parte la legislación española solamente contiene una declaración genérica e inconcreta de responsabilidad en la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que no tiene eficacia práctica, hasta el punto de que no consta a la Sala que haya sido aplicada nunca, pese a que actualmente se encuentran en situación de interinidad por vacante o de indefinidos no fijos (figuras ambas creadas por vía jurisprudencial



y no legislativa) cientos de miles de trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Por tanto, no existiendo medidas alternativas disuasorias del abuso, la consecuencia ha de ser la fijeza.

El criterio avanzado por esta Sala al respecto es confirmado por esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, que deja claro que la legislación española no contempla medidas disuasorias alternativas suficientes para evitar la conversión del contrato en fijo, menos todavía en relación con el personal contratado en la modalidad de interinidad por vacante.

Cabría preguntarse por tanto si la consecuencia habría de ser la conversión del contrato de la trabajadora en fijo o en indefinido no fijo, puesto que el TJUE en dicha sentencia parece admitir la conversión del contrato del interino por vacante en indefinido no fijo y no en fijo. Sin embargo debemos recordar que el personal laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas debe ser considerado como temporal a efectos de la cláusula tercera del anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. La definición en la Directiva del contrato de duración determinada es la de aquel contrato en el que el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. En el caso del personal indefinido no fijo, según su creación jurisprudencial, dicho final viene producido por un acontecimiento determinado como es la cobertura legal de la plaza que ocupa el trabajador. En ese sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C 86/14, León Medialdea vs Ayuntamiento de Huétor Vega, y también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias por ejemplo de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) y de 17 de julio de 2020 (RCUD 1373/2018). Por tanto resulta dudoso si el pronunciamiento de la sentencia IMIDRA, al admitir la conversión del contrato en indefinido no fijo, que es otro tipo de contrato temporal con grandes similitudes con el propio contrato de interinidad por vacante viene condicionado por la pregunta formulada por el tribunal nacional o si supone un cambio de la jurisprudencia previa, algo que en su caso habría de aclarar el propio tribunal si fuera necesario mediante nueva cuestión prejudicial.

Frente a ello no podría objetarse el contenido de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución por dos razones. Primero porque el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 11 de febrero de 2021 en el asunto C-760/18, M.V y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) "Dimos Agiou Nikolaou", ha establecido la primacía del Derecho de la Unión frente a una reforma constitucional nacional (en ese caso en la República Helénica) que impide su aplicación. Y segundo porque estamos ante personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y no ante personal funcionario y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no incluyen bajo su ámbito de protección la mera contratación laboral, sino solamente el acceso a las plazas de funcionarios públicos (la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2005, de 23 de mayo, resume la doctrina), criterio que también ha sido recogido ocasionalmente por la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencia de 20 de octubre de 2015, recurso 171/2014, fundamento jurídico undécimo), por lo cual no existe contraposición entre normas con rango constitucional y el Derecho de la Unión.

En todo caso en el presente litigio la sentencia de instancia declaró a la trabajadora indefinida no fija, según la pretensión de la demanda, y esta conclusión no es objeto de debate en este recurso, por lo que dicha conclusión no puede ser alterada y la Sala no ha de resolver sobre dicho extremo.

UNDÉCIMO.- SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 2021 EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 3263/2019

Como consecuencia de la sentencia del TJUE en el caso IMIDRA la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en Pleno dictó la sentencia de 28 de junio de 2021 (RCUD 3263/2019) en la que analiza las repercusiones de dicha sentencia sobre su doctrina previa, manifestando que su criterio previo no tenía contradicción con lo resuelto por el TJUE, el cual resume de la siguiente manera:

-El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad pública empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En definitiva, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de provocar una u otra conclusión, siempre sobre las bases y parámetros que presiden la contratación temporal.

-La sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, solo,



que su duración resulte "inusualmente" larga; sino que la duración del contrato sea "injustificada" por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.

-Las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público, especialmente -por lo que a los presentes efectos interesa- el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; la Ley 22/2013, de presupuestos generales del Estado, para el año 2014 y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, para el año 2015, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y ofertas de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de las Leyes 22/2013 y 36/2014), justificaron, a juicio de la Sala, que no se hubieran cubierto plazas vacantes ocupadas por interinos

-Expresamente afirmamos que nuestra doctrina resultaba plenamente respetuosa con el ordenamiento de la Unión Europea y, en concreto, con la Directiva 1999/70/CE, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. La STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C- 429/2018) ha alertado sobre la imposibilidad de que los contratos de interinidad fraudulentos gocen de cobertura desde la perspectiva de la indicada Directiva y ha considerado como fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que, en plazos razonables se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo.

-Siempre señalamos que una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o durante un período injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta.

-En definitiva, en supuestos en los que la Administración estuvo muchos años sin convocar la plaza sin motivo ni justificación alguna hemos venido entendiendo que la situación así creada constituía un abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) que deslegitimaba el contrato inicialmente válido, que se desdibujaba al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, necesariamente se había incorporado al habitual quehacer de la administración contratante.

No obstante dicha conformidad del criterio previo con la doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo considera "necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación" y dice que "aun cuando el contrato haya cumplido los requisitos, previstos en el artículo 4.1 y 2.b RD 2720/1998, de 18 de diciembre , lo cual comporta que haya identificado la plaza, cuya cobertura legal o reglamentaria se pretende -cobertura que queda necesariamente vinculada al oportuno proceso de selección previsto legal o reglamentariamente-, no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato" e "igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación", así como "también el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria". Esas circunstancias "obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad".

Por otra parte y en atención a lo resuelto por el TJUE, según el cual consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, el Tribunal Supremo entiende que queda afectada su doctrina previa relativa a "las previsiones contenidas en la normativa presupuestaria... -en las que se contemplaba la suspensión de los procedimientos de cobertura de las plazas vacantes en los organismos del sector público-, que hasta la fecha hemos



considerado como el dato decisivo para entender justificada la dilación en el tiempo de los procesos de convocatoria y cobertura de vacantes, que legitimaban la concertación y el mantenimiento de los contratos de interinidad" y ello le obliga a reconsiderar la "anterior doctrina", que "entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos", "lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo".

Y así finalmente fija el siguiente criterio:

"Aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo".

Y, dado que "con carácter general no establece la legislación laboral un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante", pero que "no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente", fija como criterio general, "salvo muy contadas y limitadas excepciones", que "los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga", puesto que ese plazo máximo de duración de la temporalidad "ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones" y además "es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP".

Como quiera que en el caso presente el plazo de duración del contrato de interinidad ha excedido de los tres años, en aplicación de dicha doctrina el recurso debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros, a los que habrá que adicionar el impuesto sobre el valor añadido o cualesquiera impuestos aplicables sobre los indicados honorarios.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLAMOS

Desestimar el recurso interpuesto por el letrado D. Juan Carnicero Fernández en nombre y representación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 1 de marzo de 2021 del Juzgado de lo Social número 1 de Madrid en los autos 793/2019. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros, a los que habrá que adicionar el impuesto sobre el valor añadido o cualesquiera impuestos aplicables sobre los indicados honorarios.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición



de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0427-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000- 00-0427-21.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.